

**DANIEL DIAS**

**MITIGAÇÃO DE  
DANOS NA  
RESPONSABILIDADE  
CIVIL**

PREFÁCIO: **VÉRA JACOB DE FRADERA**

APRESENTAÇÃO: **OTAVIO LUIZ RODRIGUES JR.**

*Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais*

**JULIANA MAYUMI ONO**

*Gerente de Conteúdo*

**MILUSA CRISTINE ROMERA**

*Editorial:* Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

*Gerente de Conteúdo Tax:* Vanessa Miranda de M. Pereira

*Direitos Autorais:* Viviane M. C. Carmezim

*Assistente de Conteúdo Editorial:* Juliana Menezes Drumond

*Analista de Projetos:* Camilla Dantara Ventura

*Estagiários:* Alan H. S. Moreira, Ana Amalia Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

*Produção Editorial*

*Coordenação*

**ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES**

*Especialistas Editoriais:* Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

*Analista de Projetos:* Larissa Gonçalves de Moura

*Analistas de Operações Editoriais:* Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

*Analistas de Qualidade Editorial:* Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

*Designer Editorial:* Lucas Kfourì

*Estagiárias:* Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainã Luz Carvalho

*Capa:* Lucas Kfourì

*Equipe de Conteúdo Digital*

*Coordenação*

**MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO**

*Analistas:* Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

*Gerente de Operações e Produção Gráfica*

**MAURICIO ALVES MONTE**

*Analistas de Produção Gráfica:* Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

*Estagiária de Produção Gráfica:* Ana Paula Evangelista

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Dias, Daniel

Mitigação de danos na responsabilidade civil / Daniel Dias. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Bibliografia.

ISBN 978-65-5065-372-9

1. Danos (Direito civil) 2. Mitigação 3. Responsabilidade (Direito) 4. Responsabilidade civil I. Título.

20-35438

CDU-347.51

**Índices para catálogo sistemático:**

1. Responsabilidade civil : Direito civil 347.51

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

## SUMÁRIO

DEDICATÓRIA .....	5
AGRADECIMENTOS .....	7
PREFÁCIO.....	11
APRESENTAÇÃO .....	21
MODO DE CITAR, TRANSCRIÇÕES E ABREVIATURAS .....	25
INTRODUÇÃO.....	41

### PARTE I - PARTE HISTÓRICO-CRÍTICA

1. TRADIÇÃO JUSRACIONALISTA: DANO EVITÁVEL COMO DANO INDIRETO.....	49
1.1. Du Moulin.....	50
1.1.1. O fato ou culpa do credor não agrava ou melhora a situação do devedor .....	50
1.1.2. Irressarcibilidade do dano evitável .....	51
1.1.3. Irressarcibilidade do dano que surge “ <i>ex novo casu</i> ” .....	52
1.2. Domat .....	53
1.2.1. A delimitação das “perdas e danos” .....	54
1.2.1.1. Exposição conceitual .....	54
1.2.1.2. Exemplos.....	55
1.2.1.3. Interpretações da doutrina .....	57
1.2.1.3.1. Exclusão do risco ligado à condição patrimonial do credor .....	57
1.2.1.3.2. Irressarcibilidade da consequência excessivamente remota ou que tem outras causas .....	58

1.2.1.3.3.	Suposta preponderância da “necessidade da consequência” .....	59
1.2.1.3.4.	Posição adotada: regularidade ou “normalidade” do <i>quantum respondeatur</i> .....	60
1.2.2.	A irressarcibilidade do dano evitável .....	62
1.3.	Pothier .....	65
1.3.1.	A delimitação das perdas e danos .....	66
1.3.1.1.	Inexecução obrigacional culposa .....	67
1.3.1.2.	Inexecução obrigacional dolosa; caso da vaca pestilenta .....	67
1.3.1.3.	Outras referências à irressarcibilidade do dano evitável .....	69
1.3.2.	Debate na doutrina .....	70
1.3.2.1.	Posição unitária: critério da <i>necessariedade</i> do dano ....	70
1.3.2.2.	Posições dualistas .....	72
1.3.2.3.	Apreciação .....	73
2.	<b>DIREITO FRANCÊS: POSITIVAÇÃO DO DANO EVITÁVEL COMO DANO INDIRETO</b> .....	75
2.1.	Processo legislativo e texto definitivo .....	76
2.2.	O art. 1151 e a intenção da comissão de redatores do projeto do <i>Code</i> .....	77
2.2.1.	Contradição entre os redatores do Projeto do Código Civil francês .....	78
2.2.2.	Solução da controvérsia: equívoco no discurso de Bigot .....	80
2.3.	Confronto do texto legal com a doutrina de Pothier .....	82
2.4.	Escola de exegese .....	85
2.4.1.	Características gerais: dano evitável como dano indireto .....	85
2.4.2.	Fundamentos para a irressarcibilidade do dano evitável .....	86
2.4.2.1.	Unicidade ou exclusividade da causa .....	87
2.4.2.1.1.	Causa exclusiva e dano evitável: relevância implícita da culpa do lesado .....	87
2.4.2.1.2.	Causa exclusiva e concurso de evento da natureza: inconsistência do critério .....	90
2.4.2.2.	Culpa do lesado .....	91
2.4.2.3.	Consideração ( <i>contra legem</i> ) da possibilidade de reparação parcial .....	91
2.4.3.	Aplicação à responsabilidade extracontratual .....	92
2.4.4.	Momento final: sinais de mudança .....	93

<b>3. DIREITO ITALIANO (CC/1865): DANO EVITÁVEL COMO DANO INDIRETO .....</b>	<b>95</b>
3.1. Causalidade necessária.....	96
3.1.1. Bases .....	97
3.1.2. Funcionamento.....	98
3.1.2.1. Premissas: exclusão do dano <i>ex nova causa</i> e conduta de não evitação como nova causa .....	98
3.1.2.2. Hipóteses fáticas: condutas comissiva e omissiva do credor .....	99
3.1.2.3. Medida do esforço exigível.....	100
3.1.3. Fundamento .....	101
3.2. Causalidade jurídica (teoria de T. Mosca) .....	103
3.2.1. Generalidades .....	103
3.2.2. Funcionamento.....	104
3.2.3. Fundamento .....	106
3.2.4. Apreciação .....	106
<b>4. DIREITO ALEMÃO: DA IRRESSARCIBILIDADE DO DANO EVITÁVEL À CORRESPONSABILIDADE DO LESADO .....</b>	<b>109</b>
4.1. O dano evitável na pandectística .....	109
4.1.1. Irressarcibilidade em caso de negligência simples do lesado .....	109
4.1.2. Irressarcibilidade apenas em caso de dolo ou negligência grave do lesado .....	111
4.1.3. Fundamentos .....	112
4.1.3.1. Causalidade .....	112
4.1.3.1.1. Causação culposa do próprio dano .....	112
4.1.3.1.2. Interrupção do nexo causal .....	113
4.1.3.1.3. Causalidade principal .....	114
4.1.3.2. Restrição do interesse .....	115
4.1.3.3. Segurança geral.....	115
4.1.3.4. Equidade.....	116
4.2. BGB: o dano evitável como corresponsabilidade do lesado .....	116
4.2.1. Primeira versão do projeto (1887).....	116
4.2.2. Segunda versão do projeto do Código Civil alemão (1895).....	118
<b>5. DIREITO BRASILEIRO (CC/1916): DANO EVITÁVEL COMO DANO INDIRETO E COMO CULPA DO OFENDIDO .....</b>	<b>121</b>
5.1. Projetos anteriores ao Código Civil de 1916.....	121
5.1.1. Esboço de Teixeira de Freitas .....	121
5.1.2. Anteprojetos do Código Civil.....	123

5.2.	Liquidação das perdas e danos: dano evitável como dano indireto .....	124
5.2.1.	Perspectiva geral .....	124
5.2.2.	Em especial: doutrina de Agostinho Alvim .....	126
5.2.3.	Apreciação de Lilian Neira; crítica.....	128
5.2.4.	Dano evitável como lucro não razoável? .....	130
5.3.	Culpa concorrente da vítima .....	131
5.4.	Culpa exclusiva da vítima .....	131
5.5.	Caso das despesas de tratamento.....	132

## PARTE II - PANORAMA ATUAL

6.	<b>DIREITO FRANCÊS: CRISE DA IRRESSARCIBILIDADE DO DANO EVITÁVEL.....</b>	137
6.1.	Mudanças de base no tratamento do dano evitável .....	138
6.1.1.	Afirmção de “dever” de mitigar ou de não agravar o próprio prejuízo.....	138
6.1.2.	Influência da abordagem do sistema da <i>common law</i> .....	139
6.1.3.	Percepção de incompatibilidade entre o dano evitável e o dano indireto .....	140
6.1.4.	Jurisprudência .....	141
6.2.	Mudança de perspectiva e anacrônica releitura da mitigação na história do direito francês.....	143
6.2.1.	Releitura da doutrina .....	144
6.2.2.	Releitura da jurisprudência.....	146
6.2.3.	Releitura da legislação.....	147
6.2.4.	Soluções apontadas .....	147
6.2.5.	Apreciação .....	148
6.3.	Corte de cassação: decisões de 2003 de recusa da mitigação de danos....	151
6.3.1.	Compreensão das decisões.....	152
6.3.1.1.	Alcance .....	152
6.3.1.2.	Fundamento .....	154
6.3.2.	Críticas às decisões.....	155
6.3.2.1.	Violação do limite do dano direto e desconhecimento da história .....	156
6.3.2.2.	Isolamento do direito francês .....	157
6.3.2.3.	Incompatibilidade com as teorias de causalidade.....	157
6.3.2.4.	Negligência dos interesses da sociedade e do lesante ....	158
6.3.3.	Fundamentos para superação das decisões .....	159
6.4.	Projetos de reforma legal .....	159

<b>7. DIREITO ITALIANO (CC/1942): A IRRESSARCIBILIDADE DO DANO EVITÁVEL COM FUNDAMENTO LEGAL AUTÔNOMO .....</b>	<b>161</b>
7.1. Processo legislativo do art. 1227, II .....	162
7.2. Evolução da interpretação do art. 1227, II .....	163
7.2.1. Dano evitável como dano indireto .....	163
7.2.2. Autonomia da irressarcibilidade do dano evitável; influências da <i>common law</i> e da boa-fé .....	165
7.3. Questões dogmáticas centrais .....	166
7.3.1. Fundamento .....	166
7.3.1.1. Causalidade jurídica .....	166
7.3.1.1.1. Teorias causais .....	166
7.3.1.1.2. Críticas à perspectiva causal.....	168
7.3.1.2. Autorresponsabilidade.....	170
7.3.2. Conduta exigível: diligência ordinária .....	170
<b>8. DIREITO BRASILEIRO (CC/2002): A IRRUPÇÃO DO DUTY TO MITIGATE THE LOSS .....</b>	<b>173</b>
8.1. Evolução geral.....	173
8.1.1. O artigo de Véra Fradera .....	173
8.1.2. Acolhimento e desenvolvimento doutrinário.....	175
8.1.3. Acolhimento e desenvolvimento jurisprudencial.....	177
8.2. Apreciação e posição adotada.....	181

### PARTE III - BASES DOGMÁTICAS

<b>9. FUNDAMENTO DA IRRESSARCIBILIDADE DO DANO EVITÁVEL .....</b>	<b>187</b>
9.1. Causalidade .....	188
9.2. Eficiência econômica .....	190
9.3. Autossuficiência .....	194
9.4. Dever de atuar segundo a boa-fé.....	195
9.5. Abuso do direito .....	197
9.5.1. <i>Venire contra factum proprium</i> .....	200
9.5.1.1. Vcfp como contradição a renúncia ao direito de indenização.....	202
9.5.1.2. Vcfp como violação da confiança legítima .....	204
9.5.1.3. Vcfp como simples incompatibilidade material do comportamento .....	207
9.5.2. Violação do fundamento axiológico do direito à indenização.....	209
9.6. Corresponsabilidade do lesado (a chamada culpa concorrente da vítima) .....	211

9.6.1.	Supostos obstáculos .....	213
9.6.2.	Obstáculos efetivos .....	214
9.6.2.1.	Incompatibilidade do suporte fático .....	214
9.6.2.2.	Incompatibilidade da consequência jurídica.....	215
9.7.	CrITÉrio de imputação objetiva .....	216
9.7.1.	Argumentos contrários ao art. 403 como fundamento da regra do dano evitável; apreciação crítica e superação .....	218
9.7.1.1.	Suposta incompatibilidade .....	218
9.7.1.2.	Suposta inconsistência .....	220
9.7.1.2.1.	Dificuldade na determinação do critério a aplicar.....	221
9.7.1.2.2.	Incompatibilidade das soluções .....	222
9.7.1.3.	Suposta “anterioridade lógica” da mitigação .....	223
9.7.1.4.	Suposta negligência do aspecto axiológico da conduta do lesado.....	224
9.7.2.	Necessariedade do dano (a chamada “subteoria da necessariedade da causa”).....	225
9.7.2.1.	Insustentabilidade do critério em si .....	228
9.7.2.1.1.	Experiência alemã.....	228
9.7.2.1.2.	Experiência brasileira; posição adotada .....	230
9.7.2.2.	Inaplicabilidade aos casos de não evitação omissiva ...	233
9.7.3.	Adequação .....	233
9.7.3.1.	Finalidade e pensamento fundamental .....	235
9.7.3.2.	Funcionamento e critérios de aplicação .....	236
9.7.3.3.	Fundamento dogmático.....	237
9.7.3.4.	Função sistemática .....	238
9.7.3.5.	Resultados práticos.....	238
9.7.4.	Teoria da melhor ou mais eficiente oportunidade .....	239
9.7.5.	Posição assumida .....	241
9.7.5.1.	Hipótese de interrupção do nexo de imputação .....	242
9.7.5.2.	Hipótese de responsabilidade exclusiva do lesado (a chamada “culpa exclusiva da vítima”) .....	242
9.7.5.3.	Conexão material entre o “efeito indireto e mediato” e o dano evitável.....	244
10.	<b>SITUAÇÃO JURÍDICA DO LESADO</b> .....	245
10.1.	Direito Alemão .....	246
10.1.1.	O chamado dever de mitigação do dano .....	247
10.1.2.	A incumbência de mitigar o dano .....	249



10.1.2.1. A figura da incumbência ( <i>Obliegenheit</i> ) .....	249
10.1.2.2. A situação jurídica do lesado como incumbência.....	251
10.2. Direito Brasileiro .....	251
10.2.1. Experiência brasileira.....	251
10.2.2. Análise crítica .....	254
10.2.2.1. Incompatibilidade entre boa-fé objetiva e “ônus” jurídico .....	254
10.2.2.2. Incompatibilidade entre dever acessório e a situação jurídica de mitigação.....	255
10.2.2.3. Insegurança jurídica processual.....	256
10.2.3. Posição adotada.....	257

#### PARTE IV - PRESSUPOSTOS DA MITIGAÇÃO DE DANOS E GRUPOS DE CASOS

11. PRESSUPOSTOS DE INCIDÊNCIA .....	263
11.1. Evento danoso.....	263
11.1.1. Generalidades .....	263
11.1.2. Inadimplemento antecipado .....	264
11.1.3. Resilição unilateral .....	265
11.1.4. Mora do credor .....	267
11.2. Violação de incumbência .....	269
11.2.1. Generalidades.....	269
11.2.2. Critérios concretizadores das incumbências.....	270
11.2.2.1. Os interesses dos envolvidos .....	271
11.2.2.2. A medida da ponderação .....	272
11.2.2.3. As expectativas do tráfico.....	272
11.3. Culpa .....	273
11.4. Dano .....	275
11.5. Nexo causal.....	276
12. CELEBRAÇÃO DE COMPRA E DE VENDA SUBSTITUTIVAS .....	279
12.1. Experiência da CISG .....	279
12.2. Compra substitutiva.....	282
12.2.1. Experiência brasileira.....	283
12.2.2. Excurso no direito francês.....	285
12.2.3. Posição adotada.....	288
12.3. Venda Substitutiva .....	290
12.3.1. CC/1916 com CPC/1973 e CPC/1939 .....	290
12.3.2. CC/2002 e CPC/2015 .....	291
12.3.3. Posição adotada.....	292

<b>13. SUBMISSÃO A TRATAMENTO MÉDICO .....</b>	<b>295</b>
13.1. Experiência Estrangeira .....	295
13.2. Experiência Brasileira .....	298
13.2.1. CC/1916 .....	298
13.2.2. Legislação vigente .....	301
13.2.3. Apreciação crítica .....	303
13.2.3.1. Da necessidade de fundamento legal .....	303
13.2.3.2. Da inaplicabilidade do art. 101, LBPS .....	304
13.2.3.3. Da inaplicabilidade do art. 945, CC .....	305
13.2.3.4. Do suposto enriquecimento sem causa .....	306
13.3. Incumbência de submissão a tratamentos médicos .....	307
13.3.1. Exigibilidade do tratamento .....	308
13.3.1.1. Tratamentos a priori inexigíveis .....	309
13.3.1.1.1. Tratamento com risco de vida .....	309
13.3.1.1.2. Cirurgia e transfusão de sangue .....	310
13.3.1.2. Tratamento exigíveis .....	313
13.3.1.2.1. Interpretação do art. 15, CC .....	313
13.3.1.2.2. Grupos de casos .....	314
13.3.2. Nexo causal .....	315
13.3.3. Culpa do ofendido .....	317
<b>14. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL .....</b>	<b>321</b>
14.1. Experiência estrangeira .....	322
14.2. Experiência brasileira .....	324
14.2.1. Direito civil .....	324
14.2.1.1. Anteprojetos do CC/1916 .....	324
14.2.1.2. Códigos civis .....	326
14.2.2. Direito do trabalho .....	334
14.2.3. Direito previdenciário .....	339
14.3. Análise crítica .....	339
14.3.1. Posição pela irredutibilidade da pensão .....	339
14.3.1.1. Da presunção legal de sacrifício inexigível, constrangimento e humilhação .....	340
14.3.1.2. Do escopo e objeto da pensão .....	343
14.3.1.2.1. Da pensão supostamente como meio de indenização por dano moral .....	344
14.3.1.2.2. Do escopo supostamente punitivo da pensão .....	347
14.3.1.2.3. Da supostamente não tutelada lesão à carreira profissional do ofendido .....	349

14.3.1.2.4. Da supostamente indevida equiparação da pensão com lucros cessantes .....	351
14.3.1.3. Da suposta redução natural da remuneração .....	353
14.3.1.4. Da suposta irressarcibilidade das necessidades especiais do ofendido .....	354
14.3.1.5. Da incerteza da obtenção de outro trabalho .....	356
14.3.1.6. Da suposta redução do ofendido à condição de servo ...	357
14.3.1.7. Da precariedade do serviço público de reabilitação profissional .....	357
14.3.1.8. Da suposta distinção entre “capacidade laborativa” e “capacidade de auferir renda” .....	358
14.3.2. Posição pela redutibilidade da pensão apenas em caso de efetivo exercício de outro trabalho .....	359
14.3.3. Posição pela redutibilidade equitativa da pensão .....	361
14.3.4. Posição adotada: redução teleológica do art. 950, CC .....	362
14.4. Incumbência de reabilitar-se profissionalmente .....	363
<b>15. EXERCÍCIO TARDIO DE DIREITO .....</b>	<b>369</b>
15.1. Inaplicabilidade da mitigação de danos .....	370
15.1.1. Aumento do crédito por incidência de juros de mora .....	370
15.1.2. Aumento do crédito por inadimplemento reiterado do devedor ...	374
15.2. Aplicabilidade da <i>suppressio</i> e da <i>surrectio</i> .....	378
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>385</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>395</b>